

O SEGURO D&O COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

D & O INSURANCE AS INSTRUMENT OF PROTECTION OF BUSINESS MANAGERS

Jean Carlos Fernandes¹
Ricardo Henrique e Silva Guerra²

RESUMO: Atos de gestão praticados pelos administradores das sociedades empresárias que acarretam danos a acionistas, empregados, concorrentes, entidades governamentais e terceiros podem implicar ações judiciais. Nesse caso, o responsável pela condução dos negócios sociais pode vir a responder com seu patrimônio pessoal. Um instrumento eficaz criado para mitigar esse tipo de risco é o *D&O*. Trata-se de uma modalidade de seguro de responsabilidade civil, cuja finalidade é proteger o patrimônio dos administradores, quando esses forem responsabilizados, judicial ou administrativamente, em virtude de atos ou omissões culposas praticados no exercício regular de suas funções, acarretando danos materiais, corporais ou morais a terceiros, à própria sociedade empresária e/ou suas controladas por imputações feitas por órgãos governamentais. Criado na década de 1930, após a quebra da Bolsa de Nova Iorque, o *D&O* surgiu como uma proteção aos gestores das empresas de capital aberto, pois segundo as leis americanas da época, as empresas não podiam ser responsabilizadas por erros do gestor, nem tampouco reembolsar clientes por prejuízos. No Brasil, foi introduzido no final dos anos 90, por influência do programa de privatização de grandes companhias ocorridas na época e pela necessidade de proteção para empresas que começavam a acessar o mercado de valores mobiliários americano.

Palavras-chave: Administradores; conformidade; responsabilidade; seguro.

ABSTRACT: Management acts carried out by managers of business companies that cause damages to shareholders, employees, competitors, government entities and third parties may entail legal actions. In this case, the person in charge of conducting social business may respond with his or her personal property. An effective instrument designed to mitigate this type of risk is *D&O*. This is a form of civil liability insurance, whose purpose is to protect the property of administrators, when they are held liable, judicially or administratively, for acts or omissions committed in the normal exercise of their duties, resulting in material, bodily damages or moral to third parties, to the company itself and / or its subsidiaries by imputations made by governmental organs. Created in the 1930s, after the collapse of the New York Stock Exchange, *D&O* emerged as a protection for publicly traded companies because, under US law at the time, companies could not be held liable for manager's mistakes, neither Reimburse clients for damages. In Brazil, it was introduced in the late 1990s, influenced by the privatization program of large companies that occurred at the time and the need for protection for companies that started to access the American securities market.

Keywords: Compliance; d&o; insurance; liability.

¹ Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (graduação e pós-graduação). Vice-Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro da Comissão de Direito Societário da OAB/MG. Conselheiro do Conselho de Assuntos Jurídicos da Associação Comercial e Empresarial de Minas Gerais. Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (Caminas). Advogado.

² Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho/RJ e em Finanças Empresariais pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Consequência da globalização, o cenário competitivo no qual as empresas³ estão inseridas tem exigido cada vez mais dos dirigentes empresariais, capacidade e agilidade no processo de tomada das decisões.

A dinamicidade do mundo globalizado impõe desafios cada vez maiores aos administradores de sociedades empresárias. Diante das constantes mudanças corporativas, necessitam de atualização constante, visando aprimorar suas competências. Estabelecer novas estratégias, planejar, organizar, gerir de forma eficiente e eficaz recursos financeiros, humanos e materiais, com o objetivo de se fazer mais e melhor com menos são algumas das variáveis de uma equação cada vez mais complexa, cuja solução requer preparo e conhecimento.

Em tempos de baixo crescimento econômico a busca por eficiência se torna premissa básica para a sobrevivência empresarial. Almejar sempre os melhores retornos com os menores riscos é um importante pressuposto para quem direciona esforços e recursos num empreendimento empresarial. Um ambiente que propicie maior segurança jurídica e certeza econômico-financeira favorece bons investimentos.

Aliado a isso, a valorização de princípios éticos, a implementação de Sistemas de Controles Internos e *Compliance*, Gestão de Riscos, a adoção de um Código de Conduta e das boas práticas de Governança Corporativa, que tem como pilares básicos – transparência (*disclosure*), equidade (*fairness*)⁴, prestação de contas (*accountability*) e responsabilidade corporativa - contribuem para a solidez do mercado e, por conseguinte, asseguram maior “conforto” àqueles que querem alocar os seus investimentos em determinada sociedade empresária (sujeito de direito). A adoção de práticas da boa governança corporativa contribui para a sustentabilidade empresarial, assegura uma gestão eficiente e, por conseguinte, estabelece um diferencial competitivo em todas as dimensões.

Exsurge daí, a necessidade de se discutir, especialmente, os limites de condução dos negócios sociais, exigindo do gestor da sociedade certa dose de ousadia, sem se afastar de elementos éticos e jurídicos misteres a sua adequação: se devem existir e quais seriam estes limites, com fulcro no paradigma do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Como conciliar isso, com o alcance dos melhores resultados, numa vanguarda competitiva estabelecida naturalmente pelos mercados. Ao mesmo tempo, quando exerce suas funções, o administrador deve comportar-se de forma diligente, dentro dos limites legais, da ordem pública e da política estabelecida pela sociedade empresária.

A legislação brasileira estabelece direitos e deveres que devem ser observados pelos administradores na condução de seus negócios. O instituto da Responsabilidade do Administrador abrange vários aspectos legais. No entanto, com a adoção do Código Civil de 2002, a responsabilidade desse gestor passou a ser mais abrangente.

Atos de gestão na empresa praticados por seu controlador e administradores (conselheiros de administração e diretores) que acarretam danos a acionistas, empregados, concorrentes, entidades governamentais e terceiros podem implicar ações judiciais. Nesse caso, com a adoção da “teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, o responsável pela gestão e condução da

3 Visando os objetivos centrais do presente estudo, assim como Paula Forgioni, “não nos ateremos à exata distinção terminológica entre sociedade (sujeito de direito) e empresa (objeto de direito)”. (FORGIONI, 2010, p.18).

4 Em Governança Corporativa, o Princípio da Equidade estabelece que cada ação deva corresponder a um voto – ‘uma ação, um voto’. Assim, não há “capital sem voto” e nesse sentido, não haveria distinção entre ações preferenciais e ordinárias. O NM (Novo Mercado), melhor nível de governança, não permite a existência de ações preferenciais (PN). Por isso, a companhia participante do NM deve emitir exclusivamente ações ordinárias. Já no Nível 2 de Governança, em caso de venda do controle da companhia, há extensão para os acionistas ordinários das mesmas condições obtidas pelo controlador; os direitos dos detentores de ações preferenciais são de no mínimo 70% desse valor. No Nível 2 são ainda concedidos aos acionistas preferenciais direito de voto em algumas matérias.

empresa pode vir a responder com seu patrimônio pessoal, expondo à vulnerabilidade os executivos com a tarefa de gestão.

Diariamente, a população vem assistindo estarecida aos escândalos de corrupção noticiados, decorrentes da denominada “Operação Lava-Jato”, que envolve executivos da Petrobras S/A, uma das maiores empresas de petróleo do mundo. As investigações envolvem, além de políticos e membros outros do Governo, empreiteiros e grandes construtoras. Com desdobramentos de toda ordem e natureza, consequência de ingerências políticas e má-administração dos recursos ali empregados, os prejuízos decorrentes de pagamentos indevidos e identificados, somente no âmbito dessa operação totalizaram R\$ 6,2 bilhões em 2014. (VALOR ECONÔMICO, 2015, p. B2).

Dessa maneira, no presente artigo serão analisados os principais instrumentos de proteção dos administradores, sua especificação, legalidade e abordagens.

2 RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR

Os deveres de diligência e lealdade prescritos aos administradores das sociedades anônimas (arts. 153 e 155 da Lei 6.404/76) podem ser entendidos como preceitos gerais, aplicáveis a todas as pessoas incumbidas de administrar bens ou interesses alheios. Para cumprir o dever de diligência, o administrador deve observar na condução dos seus negócios sociais, os preceitos da tecnologia da administração de empresas. Da mesma forma, para cumprir o dever de lealdade, o diretor não pode se valer de informações privilegiadas a que teve acesso para se beneficiar, ou a terceiro. Não pode, também, se utilizar dos recursos humanos ou materiais da empresa para propósitos particulares. É-lhe vedado, finalmente concorrer com a sociedade, ou envolver-se em negócios, quando presente virtual conflito de interesses. (COELHO, 2014, p.442-443). Seriam exemplos de condutas desleais e não diligentes: não cotar preços ao adquirir insumos para a empresa; não negociar com fornecedores sobre valores e condições de pagamento; beneficiar-se das oportunidades negociais em interesses próprios e não da empresa.

Assim, interpreta-se que os deveres previstos na Lei 6.404/76 representam parâmetros de aferição do desempenho dos administradores da sociedade limitada. Sua responsabilidade tem lugar quando desatendidos os deveres gerais dos administradores, previstos nos artigos 1.011, 1.016 e 1.017 do CC/02⁵.

Nesse sentido, o art. 1.011, do CC/02, dispõe, *in verbis*: “o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.

Em regra, o administrador de sociedade empresária não tem responsabilidade pessoal pelas obrigações que assumir em nome da sociedade e em decorrência de atos regulares de gestão empresarial. Significa dizer que não se pode responsabilizar o administrador por atos de representação e gestão ordinária da sociedade. A exceção a esse fundamento é a responsabilidade civil pessoal do administrador, quando ele atuar dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; ou ainda com violação da lei ou estatuto. Na hipótese de a sociedade vir a sofrer prejuízos pela inobservância por parte do administrador do cumprimento de seus deveres legais, ele será responsabilizado pelo ressarcimento dos danos.

Para caracterização dessa responsabilização e, por conseguinte, surgimento do dever de indenizar é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: ação ou omissão voluntária que determinou a ocorrência fática de uma conduta ilícita, e o nexo de causalidade com o dano

5 Código Civil de 2002

consequente, qualificado pelo elemento subjetivo (dolo ou culpa).

Cabe mencionar aqui o comando legal disposto no art. 186, do CC/02, *in verbis*: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Nesse diapasão, cumpre ressaltar, o princípio geral da responsabilidade civil extracontratual adotado no Código Civil é o da responsabilidade subjetiva (CC/02, art. 927, *caput*).

Logo, para que seja apurada a responsabilidade do administrador de uma sociedade limitada, faz-se necessário que se prove o fato, o dano, a relação de causalidade entre eles e a culpa, isso é, a responsabilidade subjetiva clássica, fundada na culpa. É o que prevê o art. 1016, do CC/02, *in verbis*: “os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”. Nesse caso, estende-se a responsabilidade culposa cometida por um administrador a outros que podem não ter contribuído para a ocorrência do dano, ou ainda terem sido coniventes com atos de outros administradores. Interessante anotar que se consignando em ata a discordância do administrador para com determinado ato, comprova-se a sua não participação como violador do contrato social, configurando-se assim como cláusula excludente de responsabilidade. (DINIZ, 2003, p.105).

O parágrafo único do art. 1017 do CC/02 atenta para operações contrárias aos “interesses da empresa”. Surge um problema de ordem prática que é definir o alcance da expressão “interesse contrário”. Para exemplificar a situação, é possível imaginar determinada empresa que tem como objeto social a produção e comercialização de automóveis e, em decorrência disso, contrata com terceiros a compra de material de construção destinado a um pequeno galpão para estocagem de peças automotivas advindas dos seus fornecedores e que serão utilizadas no seu processo fabril. Ora, a finalidade da empresa não é construção; mas a edificação desse galpão é fundamental para o sucesso do negócio. No entanto, surgindo algum tipo de prejuízo, advindo do inadimplemento da obrigação contratual, poderá o administrador ser responsabilizado, por se tratar de operação estranha à finalidade da empresa, ainda que correlata a esta.

Fábio Ulhoa Coelho assevera que a *ultra vires doctrine* postula a nulidade dos atos praticados em nome da sociedade, mas estranhos ao objeto social. (COELHO, 2003, p. 401). O CC/02 menciona expressamente a referida teoria (art. 1015, parágrafo único, III). Estabelece o texto legal que a prática de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade pode ser oposta a terceiros como excesso de poderes por parte dos administradores. São atos que extrapolam ou são estranhos ao objeto social e à atividade da empresa. Nestes casos de excesso de mandato, os administradores respondem pessoalmente, solidária e ilimitadamente pelas obrigações assumidas pela sociedade perante terceiros de boa-fé.

A esse respeito, é pertinente a menção da chamada “Teoria da Aparência”. Por ela, a sociedade responde perante terceiros de boa-fé que com ela contratam confiando na imagem pública ou externa da empresa. (BARBI FILHO, 1990, p. 28).

Há que se falar ainda, que com o advento do CC/02, ocorre a possibilidade de regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da Sociedade Anônima, desde que essa previsão esteja expressa no contrato social da sociedade limitada, conforme disposto no parágrafo único do art. 1053 do CC/2002.

Faz-se mister trazer a baila o “Princípio da Autonomia Patrimonial”, um dos pilares do direito societário. Por esse princípio, *em regra*, apenas os bens sociais respondem pelas obrigações da sociedade, ou seja, o patrimônio dos sócios não responde por dívidas da sociedade. Esta é uma pessoa jurídica distinta dos sócios, capaz de assumir direitos e contrair obrigações. “A regra é a da irresponsabilidade dos sócios da sociedade limitada pelas dívidas sociais. Isto é, os sócios respondem apenas pelo valor das quotas com que se comprometem no contrato social (CC/02, art. 1.052). É esse o limite de sua responsabilidade”. (COELHO, 2003, p. 402).

Em princípio, nas sociedades anônimas não há que se falar em responsabilidade solidária dos administradores. Dessa forma, o administrador não responde por atos ilícitos praticados por outros administradores, salvo se com eles for conivente, negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração, dando conhecimento do fato ao conselho fiscal ou à assembleia geral (art. 158, §1º da LSA⁶). Muito embora a responsabilidade seja individual do administrador causador do dano, ela se estende a todos que, de alguma forma, concorreram para a prática danosa (art. 158, § 2º da LSA).

Pela Teoria Organicista, ao se tratar da relação jurídica entre a sociedade e seus administradores, estes atuam exteriorizando a vontade da pessoa jurídica, da qual são seus órgãos. A expressão “administradores” disposta na LSA abrange os membros de dois órgãos da estrutura societária: a diretoria e o conselho de administração, os quais são definidos como órgãos da administração (LSA, art. 138).

Nesse sentido, são administradores da companhia os conselheiros e os diretores. Estes possuem funções executivas, enquanto aqueles têm funções deliberativas. Para as empresas fechadas que não recorrem ao mercado de capitais, o conselho de administração é facultativo. (CORRÊA-LIMA, 1989, p.47).

Ora, a diretoria constitui órgão distinto da administração, com funções diversas das que cabem ao conselho. Atribuir-se ao conselho responsabilidade por atos praticados individualmente pelos diretores, a não ser que se configure conivência ou negligência, seria totalmente injusto e antijurídico. (CARVALHOSA, São Paulo, p. 39).

A Lei das Sociedades Anônimas fixa os deveres dos administradores. Esses deveres, se porventura forem violados, são propiciadores da responsabilidade civil do administrador. Cabe à legislação penal a cominação de sanções para as condutas indesejadas e criminosas.

Ao iniciar o tratamento dos deveres e responsabilidades dos administradores das companhias, o legislador começa por traduzir de forma sintetizada o princípio romano do *vir probos bonus pater familias*. O administrador deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus negócios (art. 153 da Lei 6.404/76). Esse é o dever de diligência, do qual os demais são meros desdobramentos. “Diligência significa cuidado ativo, zelo, aplicação, atividade, rapidez, presteza (...), é mais que mera prudência.” (CORRÊA-LIMA, 2003, p. 228).

É interessante observar que o direito norte-americano, nesse particular, desenvolve-se segundo uma regra extremamente flexível e abrangente, conhecida como *business judgement rule*. Pode ser equiparada ao conceito, utilizado no direito pátrio, da obrigação de meio a que se submete o administrador. A regra estabelece que o administrador que age em face de razoáveis informações e com certa racionalidade, não pode ser responsabilizado por resultados negativos para a companhia. (RODRIGUES NETO, p.142).

É um expediente desenvolvido para proteger os administradores das companhias contra a responsabilidade pessoal por erros de julgamento em negócios, cometidos em boa-fé. As condições para a aplicação da *business judgement rule* seriam, segundo a doutrina norte-americana: a decisão baseada num julgamento (juízo de valores); boa fé; e estrita observância dos deveres de obediência, diligência e lealdade.

A doutrina e jurisprudência norte-americanos enfatizam que uma solução deve ser dada quando se toma uma decisão; outra, quando se toma uma decisão informada. Decisão desinformada equivale a negligência, contrário de diligência. O § 6º do art. 159 importou e implantou no nosso ordenamento jurídico a *business judgement rule*, do direito norte-americano. (CORRÊA-LIMA, 2003, p. 251, 255 e 256).

Junyent Bas e Gagliardo confirmam: “a obrigação do administrador nas sociedades

6 LSA – abreviatura utilizada para mencionar a Lei 6.404/76.

comerciais é de meio e não de resultado, pois ele não está obrigado a resultado algum senão à conduta diligente, profissional, consciente e leal para atingir bons resultados". (BAS; GAGLIARDO, *apud* NERILLO, 2002, p. 101-102).

"Ser diligente implica estrita obediência à lei (*lato sensu*) e ao estatuto social, que é a lei das sociedades anônimas." (CORRÊA-LIMA, 1989, p. 57). No mesmo sentido, é definido o dever de obediência, que significa respeito, acatamento, submissão à lei e ao estatuto social. "Modalidade de descumprimento do dever de obediência é a prática de atos *ultra vires*, ou seja, aquele que desborda do objeto da sociedade, definido de modo preciso e completo no estatuto social (art. 2º, §2º da Lei 6.404/76)". (CORRÊA-LIMA, 2003, p. 228).

Outro dever imposto ao administrador é o da lealdade. O dever de lealdade traduz-se, em termos concretos, em servir à companhia com franqueza, honestidade e sinceridade. O administrador não pode usar, em proveito próprio ou de terceiro, informação pertinente aos planos ou interesses da companhia e à qual teve acesso em razão do cargo que ocupa, agindo sempre com lealdade para com aquela (LSA, art. 155).

A responsabilidade civil dos administradores das sociedades anônimas está disciplinada, principalmente, no mencionado art. 158 da Lei 6.404/76. Este dispositivo elenca duas hipóteses de responsabilidade civil dos administradores das companhias: a) uma relacionada aos prejuízos que vier a causar quando proceder dentro de suas atribuições com culpa ou dolo (inciso I); b) outra que se refere à violação da lei ou do estatuto (inciso II).

Quanto à primeira hipótese, é concorde o entendimento de que se trata de um caso de aplicação da responsabilidade civil subjetiva do tipo clássico, devendo o demandante provar a culpa do demandado. Ou seja, caberá ao autor da ação o ônus da prova do comportamento ilícito do administrador. Quanto ao segundo inciso, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Uns afirmam que se trata de um caso de responsabilidade civil subjetiva do tipo clássico, outros como Roberto Papini e Rubens Requião que seria responsabilidade civil subjetiva com inversão do ônus da prova. Nesse caso, a culpa seria presumida (presunção relativa) e o ônus da prova caberia ao administrador; e ainda há uma terceira corrente (Modesto Carvalhosa e Eduardo Seabra Fagundes) que afirma se tratar de responsabilidade civil objetiva - a apuração da causa do dano independe de culpa ou dolo do agente.

Para Fábio Ulhoa, as duas hipóteses mencionadas no artigo 158 da Lei 6.404/76 são interdefiníveis. Não há conduta que se enquadre num deles que não se possa enquadrar também no outro. O administrador que age com culpa ou dolo viola a lei. Por outro lado toda violação à lei ou aos estatutos é uma conduta culposa ou dolosa. O administrador que descumpre norma legal ou cláusula estatutária, se não atua conscientemente, está sendo negligente, imprudente ou imperito. Também, decorrente dessa interdefinibilidade, não podem ser corretas as afirmações da doutrina comercialista no sentido de que cada um desses dispositivos expresse um sistema diferente de responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima. Não obstante distinguidas pelo art. 158, as hipóteses de responsabilidade civil dos administradores de companhias são redutíveis a apenas uma: a decorrente do descumprimento de dever legal. Anota-se que nem sempre o descumprimento do dever legal pelo administrador traz prejuízo à sociedade. Assim, a fórmula da responsabilização dos administradores assenta-se em dois pressupostos: descumprimento de dever legal e prejuízo à sociedade, acionista ou terceiros. E conclui que a responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas é de natureza subjetiva, do tipo clássico, tendo em vista duas razões: a ausência de previsão legal que excepcione a regra geral da responsabilidade civil (art. 159 do Código Civil de 1916 e art. 927 do Código Civil de 2002) e a inexistência de fundamento axiológico e racional, que é a possibilidade econômica de realocação de perdas (por parte do agente passivo), para responsabilizá-lo objetivamente. (COELHO, 2003, p. 258-260).

O administrador não ocupa posição econômica que lhe possibilite socializar perdas. Nos elementos componentes de sua remuneração, não se encontra parcela destinada à constituição de reservas e fundos próprios, para eventual indenização em favor da sociedade ou de terceiros prejudicados, que ele possa repassar a quem quer que seja. (COELHO, 2003, p. 258-260).

Denota-se que o entendimento majoritário presente no direito brasileiro é a adoção da teoria subjetiva na responsabilização do administrador, exigindo-se a presença de culpa deste para que haja o dever de ressarcimento dos prejuízos causados. Assim, mesmo na segunda hipótese do art. 158 da LSA, apesar de não haver exigência expressa na LSA, o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência é que se faz necessária a comprovação da culpa do administrador para responsabilizá-lo.

O descumprimento dos deveres legais pelos administradores pode acarretar danos a qualquer pessoa. Investidores do mercado de capitais e parceiros comerciais da companhia podem sofrer prejuízos se o administrador não for diligente. No entanto, na maioria das vezes, serão prejudicados diretamente a própria companhia e indiretamente os interesses e o patrimônio dos acionistas pela ação ou omissão dos administradores.

Quando a sociedade anônima é lesada por ato de administrador, a apuração e efetivação de sua responsabilidade seguem algumas regras próprias, destinadas a preservar o interesse social. Essa apuração de responsabilidade, quando prejudicada a companhia, será feita exclusivamente pela assembleia geral. A sociedade, em seu próprio nome, ou o acionista, na qualidade de substituto não podem demandar em juízo a composição do dano sem que a assembleia geral tenha já apreciado e votado a matéria. (COELHO, 2003, p. 261).

Cumprir observar que nem sempre é interessante à companhia promover a responsabilização judicial do administrador afastado, pois o simples ajuizamento do processo, enseja a publicidade de problemas na administração da empresa, que podem importar a divulgação de dados confidenciais, ou gerar insegurança para investidores e parceiros comerciais. Em função dessa possibilidade, é legítima e válida a conduta da assembleia geral quando delibera pelo não ajuizamento da demanda.

3 INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DOS ADMINISTRADORES

Determinadas condutas do administrador podem ser interpretadas judicialmente como violadoras da norma e, por conseguinte, ensejarem consequências de ordem jurídico-patrimonial.

O administrador responde civilmente pelos prejuízos e/ou danos que causar à sociedade quando proceder com culpa ou dolo dentro de suas atribuições ou poderes; ou com infração da lei ou do estatuto.

Desde a crise econômico-financeira de 2008, observa-se uma crescente busca por proteções que visem resguardar os administradores de sociedades empresárias contra eventualidades ocorridas no exercício regular de suas atribuições. São garantias tanto relacionadas ao patrimônio pessoal quanto ao pagamento de despesas em demandas judiciais, que têm por objetivo reduzir preocupações e mitigar riscos aos quais os administradores que têm o poder de gestão nas sociedades estão expostos, mas que são inerentes à própria atividade desenvolvida.

Nesse sentido, é importante destacar os principais instrumentos de proteção e segurança existentes e cada vez mais adotados: a apólice de seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores (*D&O – Directors and Officers*) ou a concessão de uma carta de conforto (*comfort letter*).

A “carta de conforto” é um documento garantidor que a companhia ou os seus acionistas se responsabilizarão pelo pagamento de eventuais custas e honorários advocatícios decorrentes de uma disputa judicial ou indenização contra o administrador da sociedade, mesmo que esse profissional não trabalhe mais na empresa. Isso significa maior segurança para o executivo.

São cartas que as sociedades empresárias (“confortantes”) outorgam aos seus administradores

(“confortados”), comprometendo-se nesse documento a assumirem a responsabilidade por toda e qualquer indenização que eles, porventura, agindo no exercício regular de suas funções, venham a ter de pagar a terceiros.

Trata-se de uma garantia pessoal atípica, de natureza extracontratual.

Para Arnaldo de Lima Borges Neto, a carta de conforto é um:

instrumento negocial cada vez mais utilizado em transações empresariais, sobretudo bancárias, a carta de conforto não possui regramento legislativo próprio, no Brasil, nem delineamentos doutrinários pátrios relevantes acerca de sua natureza jurídica, espécies ou efeitos. [...] Uma pessoa (“confortante”) destina à outra (“confortado”) com o escopo de tentar consolá-la, ou aliviá-la, quanto à garantia do cumprimento das obrigações do “garantido”, sem assunção de obrigação pessoal e solidária. [...] não se confundindo, entretanto, com aval ou a fiança. [...] Traz muito vantagem ao garantidor e ao devedor, pois não há solidariedade quanto ao cumprimento da obrigação e é gratuita, não onerando o patrimônio dos envolvidos. (BORGES NETO, 2016).

Com relação às espécies, segundo à doutrina estrangeira, pode ser uma simples carta de apresentação ou referência do garantido (*soft* ou *fraca*), uma obrigação de fazer que o *confortante* assume perante o *confortado*, mas que se traduzem por vinculações muito abstratas (*média*) ou ainda a assunção de uma obrigação de dar ou fazer, assumida unilateralmente pela confortante (*hard* ou *dura*). (BORGES NETO, 2016).

Apesar de serem acessórias em relação ao contrato firmado pelo garantido e confortado, o descumprimento da obrigação pelo garantido, poderá ensejar a responsabilização extracontratual do confortante por danos, nos termos dos arts. 186 e 187 do CC/2002, ou, ainda, pode ser-lhe exigida o adimplemento da obrigação assumida pelo garantido, na forma dos arts. 461 e 461-A do CPC.⁷ (BORGES NETO, 2016).

Todavia, há se verificar que esse instrumento pode provocar alguns conflitos e apresentar certas limitações. Normalmente, a carta não pode ser utilizada quando a questão discutida envolver a própria sociedade e o administrador. Ou seja, nos casos de processos movidos pela companhia contra os administradores, pois na hipótese de perda seria a própria empresa quem pagaria pelo processo. Outra situação que geralmente não está contemplada pelo dito “conforto” seriam os prejuízos advindos de processos criminais. Vale ainda ressaltar que, em razão da impossibilidade de se prever o quanto terá que ser desembolsado para fazer frente a eventuais contingências, a carta pode criar incerteza para a própria empresa que a fornece, pois gera obrigação não mensurável para a companhia. O documento pode também ser revogado unilateralmente. Nesses aspectos, a carta se mostra um pouco fragilizada.

Já a apólice de seguro de responsabilidade civil de executivos (*D&O*)⁸ visa proteger os dirigentes que têm o poder de gestão em caso de reclamações de terceiros (órgão regulador, funcionário, fornecedor, ou acionista) relacionadas as suas responsabilidades enquanto administrador de uma sociedade empresária, muitas vezes exigindo ressarcimento com o seu patrimônio pessoal. Em linhas gerais, esse tipo de apólice cobre custos de defesa, acordos extrajudiciais e indenizações pecuniárias sentenciadas pela Justiça. Em caso de bloqueio de bens dos executivos segurados, há possibilidade de se adiantar as despesas ordinárias relativas.

“Embora seja denominado de “seguro de responsabilidade civil”, é sabido que responsabilidades

⁷ Arts. 536 e 538 do NCPD

⁸ D&O - “*Directors and Officers Liability Insurance*”: No Brasil, denomina-se seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores.

dos administradores transcendem a esfera civil (e.g., responsabilidade administrativa, criminal, tributária, dentre outras).” (CARA, 2013).

O principal objetivo desse seguro é garantir a proteção do patrimônio (às vezes, que foi amealhado durante toda a vida) dos administradores (conselheiros de administração e diretores) se estes vierem a ser responsabilizados judicialmente ou por meio de reclamação direta por prejuízos causados a terceiros por falha ou má gestão.

A indenização que o segurado tiver que pagar poderá ser reembolsada até o limite previsto na apólice, dependendo das coberturas contratadas, podendo ainda incluir as despesas com custas judiciais e advogado. Na verdade, não se trata de seguro “contra” ou “a favor” de terceiros, e sim a favor do segurado, em nome de quem o seguro foi feito. Sem essa proteção, o patrimônio pessoal pode vir a ser arrestado por decisão judicial para pagar perdas econômicas reclamadas por “terceiros”. Os terceiros, no caso, são partes estranhas ao contrato de seguro, já que este é bilateral, onde figuram apenas duas pessoas: segurado e seguradora. [...] As coberturas desse tipo de seguro protegem os executivos, na qualidade de pessoas físicas, quando são condenados a responder com seu patrimônio pessoal para pagar indenizações determinadas pela Justiça. As empresas em que trabalham também estão cobertas contra esses riscos. A aceitação dos riscos de D&O passa por um extenso processo de avaliação por parte das seguradoras. Os contratos são moldados de acordo com a atividade da empresa, seu faturamento, posicionamento em relação ao meio ambiente e frente à concorrência, saúde financeira da companhia, etc. As coberturas se dividem em duas etapas: custos de defesa e condenações pecuniárias. Dos principais riscos cobertos, entre outros mais específicos, destacam-se: garantia de penhora on-line e indisponibilidade de bens dos executivos; pagamento integral (principal, juros e multas) de condenação por dívidas trabalhistas, tributárias e previdenciárias; regulação local e especializada de sinistros; atividade de contadores e advogados internos; despesas de defesa na Justiça, incluindo depósitos para recursos, fianças criminais, custos de extradição, custos com peritos e gastos emergenciais; exigências regulatórias, inquéritos, processos administrativos e investigações; multas e penalidades civis; e danos morais e corporais. (PORTAL TUDO SOBRE SEGUROS, 2016).

Assim, em situações corriqueiras do ambiente empresarial, são diversos os casos previstos de responsabilidade dos administradores: ações tributárias, cíveis, trabalhistas, ambientais, societárias, previdenciárias, concorrenciais, entre outros.

Por outro lado, normalmente são riscos excluídos desse tipo de seguro os danos emergentes advindos de atos ilícitos ou dolosos, sendo que a exclusão só se dará pela comprovação desse tipo de comportamento e após sentença judicial (ou arbitral, se for o caso) transitada em julgado. A seguradora não pode fazer pré-julgamento; comportando-se assim, estaria violando o princípio constitucional da presunção de inocência.

Exemplificando: como um dos “meros corolários do dever de lealdade” (CORRÊA-LIMA, 2003, p. 229) impostos aos administradores de sociedades anônimas está o dever de guardar sigilo, bem como o dever de não se valer de informações privilegiadas na negociação de valores mobiliários da companhia. Cumpre ao administrador da companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se de informações para obter vantagem, para si ou para outrem (LSA, art. 155 §1º e §4º). Deve, portanto, o administrador abster-se de utilizar informações privilegiadas ou sigilosas concernentes aos negócios da companhia, em proveito próprio ou de terceiros. Quem descumprir tal dever chama-se *insider trading* ou *insider dealing*. Assim, uma reclamação contra o segurado por enriquecimento ilícito pela prática comprovada de *insider trading* (ou *insider dealing*) ensejará em excludente de cobertura.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no Julgamento do Recurso Especial nº 1.601.555/

SP (acórdão publicado em 20/02/17), fixou entendimento de que a prática de *insider trading* por diretores ou conselheiros não está contemplada pelo seguro de responsabilidade civil D&O. Para o STJ, os atos fraudulentos e desonestos de favorecimento pessoal e práticas dolosas dos administradores que sejam lesivos à companhia e ao mercado de capitais não estão abrangidos na garantia securitária. Na apólice de seguro D&O, tais atos só serão dotados de cobertura securitária caso a atuação do administrador, embora contrariando o objeto social, tenha por fundamento a culpa, e não a busca de interesses pessoais. No caso concreto, o segurado teria negociado ações da companhia utilizando-se de informações que ainda não tinham sido divulgadas ao mercado.

Recurso especial. Civil. Seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoa jurídica (seguro de rcd&o). Renovação da apólice. Questionário de avaliação de risco. Informações inverídicas do segurado e do tomador do seguro. Má-fé. Configuração. Perda do direito à garantia. Investigações da cvm. Prática de *insider trading*. Ato doloso. Favorecimento pessoal. Ato de gestão. Descaracterização. Ausência de cobertura (Recurso Especial nº 1.601.555/SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgamento: 20/02/2017).

Também, geralmente, não estão amparadas por cobertura a responsabilização decorrente de falta de integralização do capital subscrito.

Ainda no rol de riscos excluídos, em termos gerais, não há previsão de cobertura securitária para os seguintes eventos:

Prejuízos financeiros e custos de defesa judicial, quando a reclamação contra o segurado for causada por consentimento de atos ilícitos ou dolosos e por ato ou omissão criminal; reclamações decorrentes de processos, notificações, inquéritos ou investigações iniciados antes da contratação do seguro; despesas de limpeza e despoluição ambiental; danos causados por descumprimento de obrigações impostas pelo estatuto ou código de conduta da empresa, ou a leis, durante o exercício do cargo executivo com poder de decisão; prejuízos causados por desrespeito às obrigações e deveres impostos por lei ou norma, relativos a investimentos e administração de planos de previdência privada complementar, planos de pensão, programas de participação nos lucros e de benefícios para os empregados; práticas trabalhistas indevidas, reclamadas pela empresa; reclamações feitas por executivos que tenham se afastado da função ou da empresa; e prejuízos decorrentes de atos dos executivos segurados praticados em data anterior à aquisição do controle ou posterior à transferência do controle de uma coligada, subsidiária ou controlada. (PORTAL TUDO SOBRE SEGUROS, 2016).

Observa-se que estão entre os riscos excluídos atos praticados pelos administradores que excedam os limites estabelecidos no estatuto ou contrato social, ou seja, os atos “*ultra vires*” (abuso de direito, infração da lei, excesso de poder), já abordado em tópico anterior.

Não há como abordar o tema ‘seguros’ sem mencionar o princípio da boa-fé, dever anexo de conduta nesse tipo contratual. Sobre isso, vale o dizer de Walter Polido, advogado atuante nessa área:

A boa-fé, essencial em qualquer tipo contratual, no caso específico do seguro se apresenta de forma integrativa absoluta. Não há seguro sem boa-fé objetiva. [...] Em detrimento da aparente sobreposição da parte forte a boa fé equaliza a situação. A liberdade para contratar continua existindo, sob a égide do princípio da autonomia privada, mas essa liberdade – em razão dos valores esculpidos pela moderna sociedade, tidas como os da boa-fé objetiva e da função social dos contratos – conduz as negociações a um patamar único de justiça, o qual exige veracidade absoluta. (POLIDO, 2010, p. 97;102).

Esse generalíssimo princípio deve estar presente em todas as fases do contrato de seguro e ser observado por todas as partes envolvidas: conforme art. 765 do CC/2002, *in verbis*: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé

e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

Por outro lado, para evitar que terceiros de má fé acionem o seguro, há cláusulas de confidencialidade nas apólices de seguro D&O que proíbem as partes de tecerem comentários sobre os contratos específicos existentes, os seus termos e as suas condições. Trata-se de medida protetiva para o próprio segurado, evitando-se assim “investidas ressarcitórias infundadas” (MELLO, 2015, p.79) por parte de terceiros. Contudo, as empresas de capital aberto são obrigadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) a divulgar se têm seguro D&O e qual o valor de cobertura. Entretanto, nem sempre o “Formulário de Referência” é preenchido de forma completa (VALOR ECONÔMICO, 2012, p. C11).

Nesse sentido, apesar de existirem cláusulas sobre o sigilo e confidencialidade da existência das apólices, seus termos e condições.

É de conhecimento público que a Petrobras possui um seguro D&O com limite máximo de indenização no valor de USD 250 milhões. Com a crise deflagrada pela Operação Lava-Jato e investidores americanos processando a empresa para se ressarcirem de perdas com ações da companhia, esse valor pode não ser suficiente para cobrir as indenizações pleiteadas. (BALBI, 2015)

O seguro de responsabilidade civil D&O foi criado pelo *Lloyd's of London* na década de 1930, após o *crash* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, que deflagrou uma grande crise econômico-financeira. Surgiu a partir do *New Deal*, que estabeleceu uma série de programas de recuperação e reformas implantados nos EUA pelo presidente Franklin Delano Roosevelt, entre 1933 e 1937, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, e assistir os prejudicados pela Grande Depressão, considerada o pior e o mais longo período de recessão econômica do século XX. O seguro de responsabilidade civil D&O despontou como uma proteção aos gestores das empresas de capital aberto, pois segundo as leis americanas da época, as empresas não podiam ser responsabilizadas por erros do gestor e nem tampouco reembolsar clientes por prejuízos.

No entanto, a utilização desse seguro nos mercados norte-americano e europeu só teria se difundido nos últimos 30 anos. No Brasil, esse tipo de seguro é bem mais recente. Foi introduzido no final dos anos 90, por influência do programa de privatização de grandes companhias ocorridas na época, pela chegada de executivos estrangeiros ao país. (PORTAL TUDO SOBRE SEGUROS, 2016).

E pela necessidade de proteção para empresas que começavam a acessar o mercado de valores mobiliários americano por meio de emissões de ADRs (*American Depositary Receipts*), que são recibos de ações emitidos nos EUA para negociar ações de empresas de fora do país na Bolsa de Nova York. Nos EUA, o seguro D&O possui um percentual de penetração de 95% entre as 500 maiores empresas listadas pelo *ranking* da revista “Fortune” (BALBI, 2015). Atualmente, representa um importante instrumento de segurança econômica ao patrimônio dos administradores de sociedades (segurados) que têm a tarefa de gestão.

São conhecidos os problemas havidos com empresas que comercializam os ADR (*American Depositary Receipts*) no mercado bursátil americano, muito exigente de parte da *Securities and Exchange Commission* – SEC [...] em questões referentes a informações privilegiadas, a dados sobre a contabilidade e operações comerciais, bem ainda quanto a aplicação adequada de medidas ante (*sic*) corrupção, conhecidas como regras de *compliance*. (MELLO, 2015, p. 73).

Os processos de abertura de capital na BMF Bovespa na década de 2000 estimularam fortemente a expansão desse seguro. Sociedades anônimas de capital aberto e instituições financeiras são os grandes compradores do D&O. A CVM responsabiliza o diretor financeiro que causar prejuízos

a terceiros. Em razão disso, “mais de 90% das empresas que integram o Novo Mercado possuem apólice de seguro D&O. Até porque nesse segmento da BMF Bovespa há uma exigência maior de *compliance*, uma das regras fundamentais para a transparência das atividades da empresa”. (BALBI, 2015).

Conforme ensina Sérgio Ruy Barroso de Mello,

o seguro de responsabilidade civil na modalidade D&O é típico seguro multirisco. Cobre a responsabilidade do administrador perante a sociedade, cobre a responsabilidade civil profissional por prática equivocada de administrador perante terceiros, cobre a responsabilidade perante o acionista (em alguns tipos de contratos), e funciona, em última análise, como seguro de proteção jurídica (cobre os custos de litígios judiciais ou extrajudiciais). (MELLO, 2015, p.70).

Normalmente, os seguros D&O são contratados pela sociedade empresária com uma única seguradora e cobrem a responsabilidade de todos os seus administradores perante essa mesma sociedade (MELLO, 2015, p.71). Ou seja, esse seguro costuma ser celebrado pela sociedade empresária em favor de seus administradores (a pessoa jurídica contrata em nome de todos os dirigentes – pessoas físicas) – sem prejuízo de que o próprio administrador possa contratá-lo diretamente em seu favor (não é o usual). Numa relação triangular (tomador – seguradora – segurado), a sociedade empresária é a tomadora do seguro e os seus administradores os segurados da apólice contratada junto à companhia seguradora. Ao contratar o seguro de responsabilidade civil D&O, o tomador (sociedade empresária) visa garantir os seus administradores. Estes, por seu turno, tomam decisões e conduzem os rumos dessas sociedades. O art. 4º da Circular SUSEP 541/16 define o seguro D&O como aquele seguro de responsabilidade civil contratado por pessoa jurídica (tomador) em benefício de pessoas físicas que nela, e/ou em suas subsidiárias, e/ou em suas coligadas, exerçam, e/ou passem a exercer, e/ou tenham exercido, cargos de administração e/ou de gestão, executivos, em decorrência de nomeação, eleição ou contrato de trabalho (segurados), ou até pela própria pessoa física (possibilidade admitida pela Circular Susep nº 553/2017).

Cabe destacar que, diferentemente da “carta de conforto”, no seguro D&O, mediante o pagamento de um prêmio previamente definido, o risco é garantido por uma seguradora. Na contratação do seguro é definido um limite máximo de indenização que terá reflexo no prêmio a ser cobrado. Além disso, salvo as exceções previstas no Código Civil, o seguro não pode ser cancelado unilateralmente.

De forma abrangente, esse seguro tem por objeto o pagamento de prejuízos financeiros decorrentes de reclamações contra os segurados, em virtude de atos ou omissões culposas que venham a ser praticados no exercício de suas funções. Esse tipo de apólice normalmente contempla a reparação de danos causados a terceiros, à empresa e suas controladas por imputações feitas por órgãos governamentais; cobre, também, acordos previamente autorizados pela seguradora com o objetivo de encerrar processos administrativos ou judiciais. Como já mencionado, a cobertura da apólice se estende também ao pagamento de custos de defesa dos segurados quando devidos. Pode ainda fornecer garantias adicionais para os casos de responsabilidade que venha a atingir cônjuge, herdeiros, sucessores, representantes legais e pessoas indicadas pela sociedade empresária para atuarem como administradores de entidades externas. Vale lembrar, os seguros de responsabilidade civil não indenizam crimes.

Muito comuns são as ações decorrentes de processos de fusão, incorporação e aquisição de empresas. Acionistas minoritários podem sentir-se prejudicados pelo preço pago por suas ações; pela drástica redução de sua posição acionária; pela impossibilidade de resistir ao negócio; ou porque as informações públicas prestadas pelos administradores não eram completas, ou inadequadas; com violação dos preceitos contábeis vigentes; ou em desacordo com a real situação da empresa. (MELLO, 2015, p.73)

Assim como os demais seguros de responsabilidade civil, as apólices D&O possuem relação direta com o tempo. Podem ser apólices à base de ocorrência (*occurrence basis*) ou de reclamações (*claims made basis*).⁹

Nas apólices à base de ocorrência, o dano ou prejuízo a terceiros (sinistro) deve ocorrer durante o período de vigência da apólice, e a reclamação ser reivindicada pelo prejudicado até o final do prazo de prescrição legal. Isso permite que o terceiro reivindique a indenização mesmo após o fim da vigência do seguro.

Já nas apólices à base de reclamações, o dano ou prejuízo a terceiros deve ocorrer durante o período de vigência da apólice (ou durante o período de retroatividade), e a reclamação seja apresentada pelo terceiro ao segurado no mesmo período, ou durante o prazo complementar ou suplementar, quando aplicável. A partir da primeira renovação, aplica-se a retroatividade de cobertura para as apólices anteriores. Ou seja, se ocorre um sinistro no primeiro ano de validade da apólice, o fato só pode ser reclamado durante a vigência da apólice atual. Sendo a apólice renovada, esse fato pode ser reclamado até o final da nova apólice, e daí por diante, desde que não haja interrupção de cobertura.

Geralmente, a vigência de uma apólice D&O é de 12 (doze) meses, com possibilidade de cobertura retroativa de fatos desconhecidos pelos segurados e/ou empresas, mas que geraram sinistros antes mesmo da contratação do seguro. Esse período de retroatividade é convencionado no contrato.

Com relação aos prazos prescricionais, as ações pessoais de terceiros contra o segurado prescrevem em três anos; as ações do segurado contra o segurador ou do segurador contra o segurado, caso o fato ocorra no país, em um ano¹⁰ e as ações do consumidor contra o segurado (produtos e serviços) em cinco anos.

Deve ser ressaltado que as indenizações do seguro D&O são individuais e decorrem do ato de cada gestor. Mesmo na hipótese das ações coletivas gerarem os prejuízos, mas esses devem ser apontados caso a caso.

Em 2012, a Superintendência de Seguros Privados (Susep), autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, que é responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro, com fundamento em antigo parecer de sua procuradoria, manifestou-se de forma contrária

à cobertura de multa nas apólices de responsabilidade civil de diretores e administradores. O órgão afirma que a cobertura de multas em apólices de seguros D&O imuniza o segurado das consequências de seus atos e o incentiva a reincidir na conduta ilícita geradora da multa. Portanto, não haveria interesse legítimo para tal cobertura. (SOUZA; ARAÚJO, 2012).

Complementa-se a ideia:

Não há definição legal do que seja interesse legítimo. Trata-se de mais um entre os conceitos jurídicos indeterminados do Código Civil atual. A noção de interesse legítimo pode sofrer mutações conforme a sociedade e o conceito de ordem pública mudam. Foi exatamente por isso que o legislador escolheu o conceito. Para manter a lei próxima da realidade social de cada época e dar a ela maior longevidade. [...] o Código Civil de 2002 trouxe vedação expressa à contratação de seguro para garantir risco proveniente de ato doloso do segurado. Essa norma marca limite nítido quanto à legitimidade do interesse segurado: atos dolosos do segurado não podem ser cobertos. Atos culposos

9 A Circular SUSEP nº 541/16 trouxe em seu texto uma definição para esses dois tipos de apólices.

10 Ver CC/02, arts. 206, § 1º, II, “a”, e 787, § 3º.

podem. [...] O administrador deve ter garantido o direito de assumir riscos e de errar para que, dentro dos contornos legais, da ordem pública e das políticas da empresa, os melhores resultados sejam alcançados. O D&O é apenas uma das ferramentas possíveis e a cobertura de multas consiste em relevantíssimo elemento desse seguro. (SOUZA; ARAÚJO, 2012).

A comunicação e a elaboração de documentos, tais como códigos de conduta e ética, e a estipulação de regras e controles internos (*compliance*) servem também como medidas preventivas e podem ser fundamentais para mitigar riscos e elidir a responsabilização pessoal do administrador na esfera penal. Em tais documentos ficam estabelecidos os procedimentos que devem ser seguidos para a realização de determinadas tarefas. Remete ao “dever de diligência” do administrador. Caso tenha cumprido a regra prevista, mas mesmo assim não obteve o resultado desejado, essa será uma possibilidade factível de excludente de responsabilidade. Por outro lado, a omissão no cumprimento de regras de *compliance* é suficiente para levar à condenações por crimes, tais como, lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta.

3.1 O administrador das sociedades de economia mista e o seguro D&O

Com relação à possibilidade de utilização do contrato de Seguro de Responsabilidade Civil D&O no âmbito das sociedades de economia mista, por estarem esses entes estatais desenvolvendo atividade econômica, competindo em “pé de igualdade” com entes privados e os seus administradores sujeitos a riscos inerentes à própria atividade empresarial, não soçobra dúvida que eles têm de estar também protegidos (amparados) por uma apólice de seguro dessa modalidade. De outro modo pode haver um desestímulo na assunção desse tipo de encargo por parte dos administradores, pois nesse caso estariam eles diretamente expostos a diversos tipos de vulnerabilidades.

Todavia, em função das particularidades desses entes estatais que estão subordinados às regras de direito público e de direito privado, há discussão quanto à legalidade desse tipo de contrato de seguro para os administradores; se há possibilidade ou não que uma estatal pague o prêmio do seguro D&O dos seus administradores. Os posicionamentos contrários se fundamentam na inexistência de permissão constitucional para a cobertura securitária de gestores públicos, em razão da responsabilidade pessoal desses agentes.

A divergência quanto à possibilidade de utilização dessa espécie de seguro está relacionada ao fato de que as Sociedades de Economia Mista possuem regime de direito público quanto à responsabilidade dos gestores no exercício de suas atividades, o que atrai a aplicação de regras de fiscalização e controle ligadas à Administração Pública de um modo geral. Os posicionamentos contrários a sua aplicação, em síntese, se fundamentam no aspecto de que não há permissão constitucional para a cobertura securitária de gestores públicos, tendo em vista a responsabilidade pessoal dos gestores de recursos públicos. O contraponto refere-se ao fato de que tais entes estatais desempenham atividade econômica e atuam livremente no mercado em paridade de armas com entes “puramente” privados, o que exige tomada de decisões sujeitas a risco tanto enquanto ente estatal como quanto ente que exerce atividade econômica. (BASTOS, 2017).

A Lei nº 13.303/2016, também conhecida como Lei de Responsabilidade das Estatais, foi inserida no ordenamento jurídico com o objetivo criar regras mínimas de governança corporativa para as empresas públicas e sociedades de economia mista de todas as esferas do governo e estabelecer normas para licitações e contratações nessas empresas. Além disso, a novidade legislativa diz respeito também à possibilidade de responsabilização dos administradores pelos atos praticados.

Em seu art. 17, III § 1º, a nova Lei prevê expressamente a possibilidade do estatuto da empresa

pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias disporem sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores.

Com isso, espera-se que, nos limites determinados pela Lei, os administradores das sociedades de economia mista possam atuar em condições de igualdade com os demais entes de setores relacionados, de maneira protegida e tenham tranquilidade no exercício de suas funções. Nesse sentido, o seguro D&O desempenha um papel fundamental representando uma importante ferramenta para um planejamento equilibrado das atividades econômicas.

3.2 Alterações recentes trazidas pela Susep ao seguro D&O

Em 17 de outubro de 2016, entrou em vigor a Circular a Susep nº 541 estabelecendo diretrizes gerais aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil de diretores e administradores de pessoas jurídicas (seguro de RC D&O). Esse normativo criado pela Susep trouxe regras específicas destinadas a esse seguro, que até então eram reguladas pelas normas aplicáveis aos seguros de responsabilidade civil geral e em clausulados importados de mercados externos mais desenvolvidos.

No âmbito técnico do seguro, essa regulamentação trazia a possibilidade da cobertura (adicional) de multas (desde que não fosse comprovado ato doloso) expedidas por órgãos reguladores e penalidades aplicadas aos segurados, até então proibida pela Susep.

A autoridade entendia que a cobertura de multa por esse tipo de seguro, na prática, anulava o caráter punitivo das sanções afetando também a finalidade educativa de tais medidas. Com a edição da Circular nº 541, a Susep encerra longa discussão sobre a viabilidade jurídica de tal cobertura, para satisfação do mercado, que há muito pleiteava a sua regulamentação pela autarquia. (BALDUCCINI *et al.*, 2016).

Além disso, haveria novidade com relação à restrição da contratação da apólice feita a partir daquele momento exclusivamente por meio das chamadas apólices à base de reclamações (*claims made basis*).

Contudo, ainda que trouxesse alguns avanços, especialmente, no tocante à cobertura de multas, o normativo foi bastante criticado, principalmente, em função da imprecisão de alguns conceitos trazidos em seu próprio texto (v.g., “culpa grave”), dúvidas suscitadas, ausência de clareza em algumas coberturas e garantias, redação pouco cristalina, tornando esse seguro pouco atrativo para as seguradoras e segurados.

Um dos aspectos mais controversos da Circular nº 541 dizia respeito à exclusão da cobertura de custos de defesa e honorários advocatícios, principal garantia do seguro D&O. Anteriormente previstos na cobertura básica, agora passariam a ser abrangidos somente mediante cobertura adicional. O mecanismo de funcionamento dessa cobertura prevê o seguinte: caso o administrador seja absolvido, além das custas judiciais, a seguradora indeniza o valor determinado na sentença judicial ou acordo extrajudicial. Entretanto, sendo condenado, o valor que tiver sido adiantado deve ser devolvido pelo segurado à seguradora. “Vale lembrar que o seguro não cobre atos dolosos e quem fez delação premiada perde o direito à cobertura”. (VALOR ECONÔMICO, 2017, p. F3).

Cumprе ressaltar, muito provavelmente, os administradores da Petrobras e das empreiteiras envolvidas na “Lava-Jato” que optaram pela delação premiada, salvo seja provada a ausência de dolo, não estão amparados pelo seguro D&O. Na maior parte das delações o crime foi confessado. De qualquer forma, pelas razões já supramencionadas, essa negativa de indenização só deve ser comunicada após sentença judicial transitada em julgado.

Em seu art. 12, a Circular vedava referências a qualquer tipo de legislação estrangeira, sendo permitidas aquelas já habitualmente empregadas no mercado segurador nacional e desde que traduzidas. O questionamento advindo à época é se na nova norma operações fora do Brasil estariam

contempladas, já que os principais contratantes dessa modalidade de seguro possuem ações nas bolsas dos Estados Unidos; muitas demandas judiciais são movidas no exterior. Caso ocorresse restrição nesse sentido haveria reflexos na cobertura mundial de empresas com operações externas. A ausência de tal abrangência tornaria, em certos casos, a contratação desse seguro inócua e, portanto, sem nenhum sentido.

Anteriormente, o que prevalecia no seguro D&O eram apólices que tinham a estrutura do tipo “*allrisks*”. Assim, tudo aquilo que não estivesse previsto expressamente entre os riscos excluídos da apólice estaria compreendido como risco coberto. Entretanto, em razão do incremento de denúncias da Operação Lava-Jato e do momento econômico recessivo, como medida de redução da exposição e cuidados na subscrição de riscos por parte das seguradoras, foram impostas diversas restrições. Nesse diapasão, a Susep passou a apólice de “*allrisks*” para “riscos nomeados”, delimitando as respectivas coberturas. (VALOR ECONÔMICO, 2017, p. F3).

Como ponto de reflexão, questiona-se se regulação nesse sentido deva ser realmente imposta pela Autarquia, se o próprio mercado não seria capaz de se autorregular de forma inteligente e eficaz com experiências trazidas inclusive do mercado internacional. Nesse caso, o órgão regulador só atuaria nas exceções e discrepâncias advindas de situações concretas ou no aperfeiçoamento das boas práticas.

Outras mudanças do normativo criticadas diziam respeito à expressa proibição de cobertura dos riscos contemplados pelos Seguros de Responsabilidade Civil Geral, Responsabilidade Civil Profissional ou Responsabilidade Civil Riscos Ambientais (para danos ambientais). Foram retiradas sob a alegação de já existirem seguros específicos para tal.

Diante desse cenário nebuloso e ainda repleto de incertezas, em 23 de fevereiro de 2017, a Susep, agindo de forma prudente, suspendeu, pelo prazo de 90 (noventa) dias, prorrogáveis por mais 90 (noventa), os efeitos da Circular SUSEP nº 541, de 17 de outubro de 2016. O prazo concedido era razoável para que entidades do setor e as instituições envolvidas no processo discutissem pontos favoráveis e desfavoráveis da norma trazidos pelas mudanças, esclarecessem dúvidas, promovessem os acertos necessários ao bom funcionamento do mercado e chegassem a um entendimento sobre a melhor forma e procedimento a serem adotados. Tudo isso visava também trazer maior segurança às partes contratantes, além do incremento e evolução do próprio mercado. E assim foi feito.

Na sequência, em 24 de maio de 2017, a Superintendência de Seguros Privados (Susep) editou a Circular nº 553/2017 com a regulamentação geral aplicável aos Seguros de Responsabilidade Civil de Diretores e Administradores de Pessoas Jurídicas (Seguro D&O), revogando então a Circular nº 541/2017.

A principal alteração na nova Circular diz respeito ao reconhecimento expresso dos custos de defesa como cobertura básica desse seguro. Isso é decorrente da nova definição para perda indenizável prevista agora no art. 3º, inciso XXIII, mas que não constava na regulamentação anterior. Além disso, os dispositivos que na norma antiga se referiam à cobertura de custos de defesa como adicional foram suprimidos.

Outra inovação importante refere-se à possibilidade desse seguro ser agora contratado diretamente por pessoa física que dele se beneficia. Dessa forma, caso a companhia não ofereça diretamente essa contratação, os administradores, principais interessados, poderão buscá-la no mercado. Todavia, os seguros que contiverem a previsão de contratação direta devem ser registrados separadamente dos planos para pessoa jurídica, com números de processos distintos (art. 4º, § 3º).

Como mencionado, a Circular anterior vedava a utilização de legislação estrangeira no clausulado do seguro. Esse uso somente era permitido quando fossem expressões traduzidas ou aquelas comuns já empregadas no mercado segurador nacional. Entretanto, o § 1º do art. 12 da nova Circular passou a autorizar expressamente essa possibilidade. Isso resolve um problema de ordem prática, pois os principais *players* contratantes dessa modalidade de seguro são empresas nacionais com

operações internacionais, que emitem valores mobiliários, tais como *American Depositary Receipts* (ADRs), na Bolsa de NY, o que significa não haver, portanto, maiores restrições caso o Seguro D&O tenha cobertura fora do território nacional.

Outro destaque positivo refere-se à confirmação da possibilidade da cobertura (adicional) de multas (desde que não seja comprovado ato doloso) expedidas por órgãos reguladores e penalidades aplicadas aos segurados já trazidas no texto da Circular nº 541, mas que pela sua revogação não entraram em vigor.

Em seu art. 5º, §6º, a Circular faz menção à responsabilização da sociedade por danos causados a terceiros em consequência de atos ilícitos culposos praticados pelos administradores. Essa garantia só estará amparada no seguro se for contratada como cobertura adicional específica - cobertura C (*side C*). Trata-se de cobertura que tem bastante relevância para as sociedades anônimas que negociam seus valores mobiliários nos mercados local e internacional.

A princípio, as mudanças trazidas pela nova regulamentação que é resultado de ampla discussão da Susep com o próprio mercado, podem ser consideradas positivas e flexibilizam as regras aplicáveis ao Seguro D&O. Obviamente, nem todas as demandas e necessidades foram plenamente atendidas, tais como algumas alterações de definições, mas no geral melhoram significativamente o ambiente regulatório.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES NO CONTEXTO DE CORRUPÇÃO BRASILEIRA

Abordar os instrumentos de proteção e segurança dos administradores de sociedades empresárias, especialmente, no atual contexto brasileiro, torna-se por demais pertinente. Manchetes no noticiário diuturno, os escândalos de corrupção, crimes contra a administração pública, vêm repercutindo, também, na academia, doutrina e jurisprudência. Especialmente, no que tange à responsabilização dos sócios administradores, o que leva a um necessário raciocínio, aqui elaborado, sobre os instrumentos de sua proteção.

Nesse ponto dos estudos, importa apontar alguns casos paradigmáticos, a fim de contextualizar o tema central: “Caso Mensalão”; recentes intervenções do Banco Central; as perdas da Sadia¹¹ e a Aracruz, durante a crise financeira de 2008¹²; a “Operação Lava-Jato” e, mais recentemente, a “Operação Carne Fraca”.

Durante o julgamento da Ação Penal nº 470 (“Caso Mensalão”) no STF, em 2012, a Corte entendeu que a condenação por lavagem de dinheiro pode ocorrer mesmo que o acusado tenha simplesmente ocultado o produto do crime que cometeu, sem necessariamente ter dissimulado sua origem e inserido o dinheiro ilegal na economia. Como efeito prático, uma empresa que faz um planejamento tributário para pagar menos impostos (elisão fiscal), mas a Receita Federal interpreta isso como sonegação fiscal, ainda que o dinheiro fique no caixa da própria empresa, pode ser acusada de lavagem por ocultá-lo. Ou seja, somente a ocultação dos valores “já caracterizaria o crime de lavagem de dinheiro, aumentando muito o escopo das situações que empresas e executivos estariam sujeitos à punição por

11 A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou recurso da Sadia S.A., que pretendia ajuizar ação de responsabilidade contra ex-diretor financeiro. A empresa alegou que sofreu prejuízo bilionário em operações financeiras não autorizadas com derivativos. Em apenas uma operação, realizada em setembro de 2008, o prejuízo gerado pela disparidade cambial foi superior a US\$ 1,4 bilhão. A ação de responsabilidade civil contra o ex-diretor não pode ser ajuizada porque as contas da diretoria foram aprovadas em assembleia geral, o que exonera a responsabilidade dos administradores. Essa foi decisão unânime da Turma, que seguiu integralmente o voto do ministro relator, Ricardo Villas Bôas Cueva. Processo relacionado: REsp 1313725. Fonte: Superior Tribunal de Justiça.

12 Posteriormente, as duas empresas foram compradas: a Aracruz pela Votorantim Celulose e Papel (VCP), resultando na Fibria, e a Sadia pela Perdigão, dando origem à BRF.

esse tipo de crime”. (VALOR ECONÔMICO, 2012, p. A13). O crime de lavagem se consumaria já na fase de ocultação. O administrador da sociedade poderá ser condenado pelo crime de lavagem de dinheiro mesmo que não tenha cometido a fraude ou gerido a empresa de forma temerária.

Outra novidade surgida nesse julgamento dizia respeito a possibilidade do administrador ser condenado penalmente pelo não cumprimento das regras de *compliance* e controles internos previstas pelo regulador, no caso das instituições financeiras, o Banco Central. Nessa hipótese, o administrador poderia ser condenado por crimes contra o sistema financeiro nacional (gestão fraudulenta, v.g.) ou lavagem de dinheiro. As sanções não ficariam apenas na esfera administrativa.

Mas a principal inovação trazida do processo do “Mensalão” foi a chamada teoria do domínio do fato. “A teoria do domínio do fato é um risco para o ambiente de negócios. [...] Em termos de responsabilização é a metástase cancerosa da responsabilidade”.¹³

O entendimento do STF é de que “quem comanda um crime praticado por subordinados pode ser condenado sem provas concretas de seu efetivo envolvimento, pois sua posição hierárquica leva à conclusão de que teria domínio do fato”.¹⁴ Assim, o diretor de uma seguradora cujos gerentes, na busca por atingir metas e/ou receber bonificações, aceitam riscos considerados ruins (fora dos critérios internos de aceitação) e, por conseguinte, isso se reflita no resultado da empresa, pode ser condenado por ser hierarquicamente superior e ter o domínio do fato.

Além da jurisprudência do “Mensalão”, a intervenção do Banco Central em bancos de médio porte trouxe episódios em que executivos de instituições financeiras foram processados por atos de má gestão e crimes de fraudes. (VALOR ECONÔMICO, 2012, p. C11).

As mudanças advindas na jurisprudência do STF decorrentes do julgamento do “Mensalão” produziram impactos diretos no ambiente de negócios do país, e as intervenções do Banco Central foram fatos que acarretaram um aumento no risco de exposição e, por conseguinte, o encarecimento do seguro D&O, pois as seguradoras têm que cobrir os custos de defesa dos administradores que são alvos de processos.

Outro episódio importante foi o ocorrido com a Sadia e a Aracruz, companhias brasileiras que possuíam ADRS negociadas na Bolsa de Nova York e adotavam as melhores práticas de governança corporativa.

As perdas sofridas pela Sadia e a Aracruz nos mercados de câmbio e derivativos durante a crise financeira de 2008 trouxeram fortes reflexos negativos na sinistralidade da carteira desse ramo. Para rememorar, essas empresas protagonizaram um dos mais críticos efeitos da crise financeira global para o Brasil naquele ano. Naquele ano, com a abrupta alta do dólar ocorrida entre agosto e outubro (a moeda passou de aproximadamente R\$ 1,60 para cerca de R\$ 2,40), essas companhias contabilizaram prejuízos significativos, pois estavam altamente expostas à operações especulativas (ao invés de serem para proteção) com derivativos cambiais.

Certo que com essas operações especulativas, foi drástico o resultado com a disparada da moeda americana, ocasionando enormes prejuízos com essa modalidade de financiamento.

O início do problema foi antes do estouro da crise financeira de 2008, quando cresceu muito um tipo de operação de financiamento realizada entre bancos e empresas. Nessas operações, a taxa que seria paga pelo tomador dos recursos dependia da cotação do câmbio vigente até a data de vencimento do contrato estabelecido entre as partes. Segundo noticiado, a Sadia e a Aracruz perderam mais de R\$ 2 bilhões cada uma com operações de derivativos cambiais, os diretores financeiros foram processados pelos danos financeiros e os seguros de D&O acionados.

¹³ Afirmação feita pelo advogado Eduardo Salomão, sócio do escritório Levy & Salomão Advogados. (VALOR ECONÔMICO, 2012. p. A13).

¹⁴ Teoria do Domínio do Fato – julgamento da Ação Penal nº 470 no STF. Tese criada por Hans Welzel em 1939, e desenvolvida pelo jurista alemão Claus Roxin, em sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, de 1963.

O Poder Judiciário tem sido pouco provocado a julgar questões relacionadas aos contratos de seguro dos administradores – registrando-se a existência de menos de uma dezena de acórdãos a respeito do tema no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com destaque para o caso emblemático do ex-administrador do Banco Santos (apelação nº 543.194-4/9-00, da 6ª Câm. Dir. Priv.) e, mais recentemente, para um caso em que o pagamento da indenização securitária foi negado, sob o fundamento de que a tomadora teria omitido informações relevantes para a mensuração do risco pela seguradora (Apelação nº 0172250-84.2010.8.26.0100, da 10ª Câm. Dir. Priv.). (LACERDA, 2013).

Contudo, sem dúvida, será a “Operação Lava-Jato” que produzirá o maior impacto no mercado de seguros de responsabilidade civil D&O. Os escândalos envolvendo a Petrobras representarão um verdadeiro divisor de águas para essa modalidade de seguro no Brasil.

O envolvimento de grandes empreiteiras em operações fraudulentas e pagamento de propinas a executivos da Petrobras inverteu a tendência de preços das apólices que vinham caindo no mercado local e internacional nos últimos anos. As seguradoras se tornaram mais cautelosas e restritivas: aumentaram as taxas dos prêmios, reduziram a amplitude de coberturas, estão esmiuçando informações financeiras e a capacidade de gestão dos sócios das empresas para melhor precificar o seguro. (BALBI, 2015).

O rompimento das barragens da Samarco, em Mariana – MG, considerado o maior acidente ambiental ocorrido no Brasil e, segundo já se notícia, a maior perda indenizável do mercado de seguros brasileiro- ainda não se tem apurado os valores dos prejuízos (somente estimativas), também trará reflexos significativos no mercado de seguros e resseguros, inclusive o D&O. Como é sabido, já existem ações em curso de responsabilização dos executivos da mineradora.

“No Brasil, ainda não se pode falar no fenômeno conhecido de transferência da responsabilidade como indutora da irresponsabilidade.” (VASCONCELOS *apud* MELLO, 2015, p.77). Todavia, os últimos episódios de corrupção despertam interesse com relação à análise do comportamento futuro dos agentes diante de tantos escândalos na certeza de contarem com as suas respectivas apólices de seguro D&O. A resposta das seguradoras virá sempre com aumentos de prêmios, franquias, exclusões de cobertura, diminuição de limites (MELLO, 2015, p.77) e maiores exigências contratuais. Uma adaptação natural; um movimento de reação às próprias ações diante da possibilidade do incremento de sinistros e da litigância. Aplicar-se-ia, de forma pura e simples, o princípio do mutualismo, socializando-se as perdas e os riscos no seguro. Há também que se ficar atento às consequências de uma ampliação exagerada das coberturas ofertadas:

[...] A adequada delimitação dos riscos contribui para a preservação e desenvolvimento do próprio mercado destes seguros, que a médio prazo pode vir a sofrer as consequências de uma ampliação exagerada das garantias oferecidas, como já observado no mercado norte-americano no início dos anos 1980. Em tal oportunidade verificou-se, naquele mercado, um crescimento vertiginoso do número de sinistros e litígios, que culminaram com a retração na contratação destes seguros e com uma crise que durou quase uma década. (LACERDA, 2013).

Faz-se necessário destacar também alguns aspectos importantes da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), que entrou em vigor em janeiro de 2014, e trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Essa lei prevê a responsabilidade solidária para empresas do mesmo grupo. Em seu art. 4º dispõe que “subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária”. Além disso, haverá a possibilidade das empresas serem responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos nela previstos que forem praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (art. 2º). Dispõe ainda que

a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º). Ou seja, surge aqui a hipótese real da sociedade empresária (o tomador do seguro D&O) ser responsabilizada objetivamente por ato cometido por seus administradores (ou mesmo por um funcionário). Apesar do seguro D&O não cobrir atos de corrupção, a exposição das pessoas jurídicas e dos administradores ao risco de serem responsabilizados foi incrementada com a nova lei. Isso requer ponto de atenção e gera uma mudança nos contratos.

Muito provavelmente, os administradores da Petrobras e das empreiteiras envolvidas na “Lava-Jato” que optaram pela delação premiada, salvo seja provada a ausência de dolo, não estão amparados pelo seguro D&O. Na maior parte das delações o crime foi confessado. De qualquer forma, pelas razões já supramencionadas, essa negativa de indenização só deve ser comunicada após sentença judicial transitada em julgado.

Recentemente, na operação denominada “Carne Fraca”, a Polícia Federal revelou um esquema de corrupção na fiscalização de frigoríficos no Brasil.

Indubitavelmente, a JBS e a BRF *Foods*, empresas envolvidas nas denúncias, sentirão fortemente os impactos econômicos advindos dessa Operação, pois têm boa parte de suas receitas concentrada nos mercados externos internacionais. Por conseguinte, isso acarretará reflexos imediatos nos seus resultados financeiros. São empresas que emitem ADRs na Bolsa de NY. Dessa forma, os investidores que se sentirem lesados promoverão, através de escritórios de advocacia norte-americanos, ações coletivas em cortes nos EUA (*Class Action*) contra essas empresas.

Nessas ações provavelmente será questionado se as empresas envolvidas e seus executivos violaram leis norte-americanas e se as declarações feitas nos últimos relatórios apresentados trouxeram a verdade no que diz respeito a aspectos financeiros, negociais, gerenciais e operacionais.

Não soçobra dúvida de que as apólices de D&O contratadas serão acionadas. No momento, seria prematuro fazer qualquer previsão relativa aos possíveis desdobramentos relativos às indenizações que porventura venham a ser pagas (nos EUA ou no Brasil), mas com certeza os valores envolvidos são de grande monta.

5 CONCLUSÃO

Muitos administradores na execução de suas tarefas de gestão se sentem pressionados para conseguirem os resultados exigidos por suas organizações e por isso mantêm condutas arrojadadas que podem vir a acarretar danos a terceiros (clientes, acionistas, empregados, fornecedores, entidades governamentais, credores, entre outros) e, nesse caso serem responsabilizados, podendo vir inclusive a responderem com o seu patrimônio pessoal.

Na condução dos negócios sociais exige-se do gestor da sociedade certa dose de ousadia, pois ele está naturalmente inserido num contexto de plena competição empresarial. Ao mesmo tempo, não deve o administrador se afastar de elementos éticos e jurídicos. Quando exerce suas funções, o administrador deve comportar-se de forma diligente, obediente e leal dentro dos limites legais, da ordem pública e da política estabelecida pela sociedade empresária. O grande desafio é conciliar isso com o alcance dos melhores resultados.

Para que uma empresa se sobressaia num mercado competitivo deve haver estratégia, inovação, mas também informação, conhecimento e arrojo por parte de seus administradores. Na dinamicidade da vida empresarial, diuturnamente celebram-se contratos, assumem-se riscos

de toda natureza, estabelecem-se relações de troca. Os contratos empresariais, pela sua própria essência, envolvem partes que atuam no mercado absorvendo riscos na busca de algum proveito. E numa proporção direta quanto maior o lucro, maior o risco. Verifica-se que a própria atividade econômica é estimulada quando se tem menos risco e mais crédito.

Os riscos de natureza societária, trabalhista, ambiental e tributária, entre outros, a que estão expostos os administradores, enquanto exercem a gestão das sociedades podem ser minimizados por alguns instrumentos disponíveis, quais sejam: a contratação do seguro de responsabilidade civil de administradores (*D&O – Director and Officers*), a concessão de uma “carta de conforto” (*comfort letter*) pela própria sociedade empresária ou, ainda, pela estipulação de regras e controles internos previstos nos programas de integridade (*Compliance*) aliados a uma implementação efetiva dos códigos de conduta e ética e às boas práticas de governança corporativa. Outra medida que pode se mostrar eficaz para mitigar riscos de responsabilização dos administradores é a adoção dos sistemas de deliberação colegiados.

A entrada em vigor da Lei Anticorrupção, sem dúvida, fomentará a procura por seguros de responsabilidade civil para administradores. O seguro D&O é um importante instrumento de transferência de risco a ser utilizado, principalmente, por aqueles que têm a tarefa de gestão.

Mas não só isso. É relevante que se pense sempre em outras formas de mitigação desse tipo de exposição e, por conseguinte, proteção dos administradores.

Nesse contexto, é imprescindível a existência de uma estrutura regulamentadora com mecanismos capazes de assegurar regras definidas e equitativas àqueles que têm a tarefa de gestão, oferecendo-lhes um ambiente de segurança jurídica, atrativo para que continuem a serem estimulados a assumirem encargos diretivos nas sociedades empresárias.

Garantir tranquilidade aos administradores que tomam decisões nas sociedades empresárias e, por conseguinte, lhes definem os rumos e futuro, é estimular o desenvolvimento e o sucesso da própria atividade empresarial. Protegê-los e, ao mesmo tempo, oferecer-lhes uma blindagem financeira, jurídica e reputacional contra os riscos aos quais estão expostos é um benefício tangível que pode significar diferencial competitivo no momento de escolha do próprio dirigente ou até mesmo sua continuidade (permanência) numa determinada empresa. O instrumento do Seguro D&O não concede permissão ao administrador para que ele cometa qualquer ato insano, mas sim lhe fornece a segurança de poder atuar de forma mais audaciosa na persecução de maiores e melhores resultados, sem conservadorismos e cuidados demasiados que impeçam uma empresa de crescer e se desenvolver no mercado em que atua.

Ademais, por estar em contraposição ao próprio princípio da boa-fé e como já decidido pelos tribunais superiores, cabe frisar, o seguro D&O não abrange garantia para os casos de corrupção. Caso não fosse assim, haveria desestímulo por parte das companhias seguradoras na contratação desse seguro, até porque haveria um agravamento substancial da variável risco. Dessa forma, atos fraudulentos e desonestos de favorecimento pessoal e/ou práticas dolosas dos administradores que sejam lesivos à companhia ou ao próprio mercado não estarão contemplados na cobertura securitária. Por conseguinte, perda da indenização. Faz-se ressalva para os casos em que a atuação do administrador, embora contrarie o estatuto ou o objeto social, tenha por fundamento a culpa, e não a busca de interesses pessoais.

Por fim, o melhor “seguro” do administrador depende muito mais de sua conduta e forma de atuação. Normalmente, ele será responsabilizado se for irresponsável, se inobservar os deveres que lhe são impostos pela Lei, ou quando deixar de lado os limites tangenciados pelo estatuto ou contrato social; ou ainda, pelas normas de controles internos e *compliance*.

REFERÊNCIAS

BALBI, Sandra. Proteção que pode custar muito caro. *Revista Valor Financeiro – Seguros Previdência e Capitalização*, São Paulo, maio 2015.

BALDUCCINI, Bruno; KASTRUP, Thomaz; PANUCCI, Roberto. *Susep regulamenta seguro D&O e permite cobertura de multas e penalidades*. Disponível em <<https://jota.info/colunas/jota-inside/jota-inside-susep-regulamenta-seguro-e-permite-cobertura-de-multas-e-penalidades-17102016>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BORGES NETO, Arnaldo de Lima. *Apointamentos sobre a carta de conforto (lettere di patronage)*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11044>. Acesso em: 24 jan. 2016.

CARA, Marília de. *A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores no âmbito da administração das companhias*. Dissertação de Mestrado: Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. *Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante à Lei das S/A*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 2. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, volume 2. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Responsabilidade civil dos administradores da Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DINIZ, Saad Gustavo. *Responsabilidade dos administradores por dívidas das Sociedades Limitadas*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2. ed. São Paulo: Ed, RT, 2010.

IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa), *Guia de Orientação Jurídica de Conselheiros de Administração e Diretores*, 2012. Disponível em <http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Guia_11.pdf> Acesso em 20 mar. 2017.

JORNAL VALOR ECONÔMICO: *Petrobras perde R\$ 6,2 bi com corrupção e tem prejuízo de R\$ 21,6 bi*. Caderno Empresas, de 22 abr. 2015, p. B2.

JORNAL VALOR ECONÔMICO, Caderno Finanças, de 26, 27 e 28 out. 2012, p. C11.

JORNAL VALOR ECONÔMICO: *Lava Jato provoca mudanças no D&O*. Caderno Finanças, 21 mar. 2017, p. F3.

JORNAL VALOR ECONÔMICO, Caderno Política, de 12 nov. 2012, p. A13.

LACERDA, Maurício Andere Von Bruck. *O contrato de seguro de responsabilidade civil dos administradores: O modelo do D&O Insurance*. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-contrato-de-seguro-de-responsabilidade-civil-dos-administradores-o-modelo-do-do-insurance/12149>>. Acesso em 23 jan. 2015.

MELLO, Sérgio Ruy Barroso de. *O seguro de responsabilidade civil na modalidade D&O*. Revista Jurídica de Seguros – nº 2. Rio de Janeiro: CNseg, maio de 2015.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. *O regime jurídico da responsabilidade civil dos administradores de*

sociedades por ações no Brasil e na Argentina. Dissertação de Mestrado: Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

POLIDO, Walter A. *Contrato de seguro: novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010.

“Portal Tudo Sobre Seguros” - Entenda o seguro de responsabilidade civil- Disponível em: <<http://www.tudosobreseguros.com.br/portal/pagina.php?l=346#>>. Acesso em: 23 jan. 2016.

“Portal Tudo Sobre Seguros”, *D&O na ordem do dia* – Disponível em: <<http://www.tudosobreseguros.org.br/portal/pagina.php?l=754&c=1325>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e assimetria informacional nas relações empresariais. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RODRIGUES NETO, Nelson. *Responsabilidade civil dos administradores das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Revista Forense, nº 358, 2001.

SOUZA, Pedro Guilherme Gonçalves de; ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. Seguro D&O e o direito de errar. *VALOR ECONÔMICO*, 29 mar. 2012. Caderno Legislação & Tributos. p. E2.

Recebido em: 30/04/2017

Aprovado em: 28/05/2018

Como citar este artigo (ABNT):

FERNANDES, Jean Carlos; GUERRA, Ricardo Henrique e Silva. O seguro d&o como instrumento de proteção dos administradores de sociedades empresárias. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.109-131, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/07/DIR34_08.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.